

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

#### AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, para revisar en el grado jurisdiccional de CONSULTA, la sentencia de primera instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **HILDA PATRICIA DE LA ESPERANZA PALACIO PALACIO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-021-2017-00531-01.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

#### 1. ANTECEDENTES

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora que nació el 23 de noviembre de 1962, que durante su vida laboral estuvo afiliada inicialmente al RPM administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES, y posteriormente el 04 de agosto de 1997 se trasladó al RAIS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Afirma que, PROTECCIÓN S.A., no le dio toda la información necesaria al momento del traslado, pues el asesor de la entidad se limitó a decir que el traslado era necesario porque el ISS se iba a acabar y ella se quedaría pensión.

Aduce que le dijeron que se pensionaría a cualquier edad y con una pensión superior, pero afirma que no le explicaron que la pensión anticipada es casi imposible, pues los requisitos para acceder a ella son difíciles de cumplir, además, que tampoco le indicaron la diferencia en el valor de la mesada pensional entre el RPM y el RAIS, siendo en el último régimen inferior.

Asegura que solicitó el regreso al RPM, ante COLPENSIONES, traslado de régimen que le fue negado.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El *a quo* despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y condenando en consecuencia a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos que sobre los mismos se hubieren causado.

Para fulminar condena, el juez de instancia concluyó que las AFP demandada, no probó haber dado una información completa y suficiente a la demandante acerca de los que para ella conllevaba la afiliación al RAIS.

Además, indicó que las AFP del RAIS desde el mismo momento de su creación, tienen obligación de brindar a cada potencial afiliado, las consecuencias que conlleva el traslado, siendo carga de la prueba de estos, demostrar la debida asesoría que le brindaron a la actora.

Con base en lo anterior, decidió ordenar el traslado de la totalidad de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, indicando que en este caso no se configuraba el fenómeno jurídico de la prescripción, por tratarse de la consolidación de un derecho de carácter imprescriptible como lo es la pensión.

En contra de la anterior decisión no se presentaron recursos, motivo por el cual se dispuso el envío del expediente ante esta corporación judicial para surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de COLPENSIONES.

### **3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, presentaron oportunamente escrito de alegación, los cuales se transcriben textualmente en los siguientes términos:

#### **ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A. (Fol. 176 a 177)**

“Solicito de manera respetuosa a los Señores Magistrados se revoque la decisión condenatoria de primera instancia por cuanto considera este apoderado judicial que en la fecha del traslado se dio un acto de traslado completamente valido, conforme obra en la casilla voluntad de selección del formulario de afiliación.

En ese sentido, en consideración de este Despacho, la revisión que se hace a las solicitudes de traslado de régimen por vía judicial, debiera apoyarse en criterios técnicos en los que se determine que no se generará una afectación al Sistema General de Pensiones, atendiendo para ello los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Respecto al tema de la condena al retorno de los gastos de administración se estima importante señalar que la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación al Sistema General de Pensiones, en relación con las cotizaciones efectuadas en el Sistema General de Pensiones, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, determina la distribución que deben efectuar las administradoras del mismo, tanto en el Régimen de Prima Media con Solidaridad -RPM- como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS-, señalando entre otros lo siguiente:

"Artículo 20. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financia, la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad "el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensiona un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes...”

De la misma manera. en el artículo 100 de la Ley 100 se establece que, con el fin de garantizar la seguridad rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras invertirán los recursos de los fondos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010.

Ahora bien. tal y como se observa en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, las Sociedades Administradoras deben garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima en el manejo de los fondos que administran y, en caso de haber un incumplimiento a esta rentabilidad. la misma se garantiza con el patrimonio de dichas sociedades y con la reserva de estabilización. Esta reserva corresponde al 1% del valor del fondo administrado (pensiones obligatorias o cesantías) y debe estar invertida en las mismas condiciones que el correspondiente fondo.

Así mismo, en relación con el porcentaje destinado las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. se encuentra que dichos recursos son sufragados mensualmente, y destinados como lo ordena la norma a la aseguradora contratada, de esta forma el citado porcentaje, permite a la aseguradora mantener la cobertura respecto del afiliado en relación con los riesgos asegurados (invalidez y muerte) durante la vigencia del seguro.

Al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuada por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos, sin que sea posible el traslado de sumas adicionales, como se indica en la sentencia condenatoria de primera instancia.

En igual sentido, en atención a que el porcentaje de la prima del seguro previsional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, no se considera viable el traslado de dichos recursos en el caso que nos convoca.”

**ALEGATOS DE COLPENSIONES (Fol. 179 a 181)**

“ Se le solicita al despacho en segunda instancia, se revoque la decisión de instancia por las siguientes razones, atendiendo a los Criterios orientadores de defensa de la entidad y al acta de No 75276 conciliación, así:

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que a 17 de julio de 2017 (fecha de la admisión de la demanda con la que pretende se declare la nulidad del traslado), la parte actora contaba con 54 años de edad, en consideración a que nació el 1 de noviembre de 1962, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada en líneas precedentes. Aunado a lo anterior, a la fecha el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento respecto al traslado de régimen de fecha 1 de octubre de 1997, con la AFP Protección S.A., y la omisión de información trascendental para la toma de la decisión sobre el cambio de régimen, alegados por la demandante, deberá probarse en el curso del proceso judicial en atención a las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción.

Respecto del traslado del Régimen de Transición al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4º: “(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable Página | 2 cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

Respecto del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con prestación definida, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4º:

“(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

Ahora bien, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”. La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse,

introducida en la ley 100 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas.

Este párrafo abunda en estas últimas:

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.

Existe inconformidad con la decisión que adopta el despacho de instancia, toda vez que si bien es cierto en un primer momento sustenta su decisión en las sentencias SL 1688 de 2019 – SL 3464 de 2019 de la CSJ sala laboral, donde se identifica que este tipo de procesos de deben tratar como INEFICACIA DE TRASLADO, y no como nulidad del traslado, pero advirtiendo que se toman como idénticas y conllevan las mismas consecuencias para eventos de temas de seguridad social.

A su vez, informa, que acepta parcialmente los postulados de las Sentencia con radicación 31989 de 2008 - 46292 de 2014 y SL 1452 DE 2019, por 4 puntos que fueron tratados dentro de la parte motiva de la providencia, pero sobre todo en el 3 tema planteado en cuanto a la indebida información, tomando que las consideraciones de la CSJ, que respaldan los argumentos del demandante, pareciera dar a entender que la causa de la desmejora en el monto de la pensión se debió a esa ausencia de información o indebida asesoría.

Pero manifiesta que ello no resulta completamente cierto, por cuanto la pensión, o los eventuales beneficios derivados de la afiliación al régimen pensional dependen, en gran medida, de factores o hechos posteriores al traslado.

Hay discrepancia en cuanto al a quo, ya que infiere que la ineficacia del traslado esta llamada a prosperar pero por las razones consagradas en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 con base en parámetros objetivos, consistentes en la comparación de la situación pensional en uno u otro régimen, atendiendo al valor de las posibles mesadas, y no en parámetros subjetivos, referidos a la presunta actuación irresponsable, descuidada, negligente o incluso dolosa que se le imputa a los fondos privados.

Desconoce el a quo, que con la Sentencia C 086 de 2002, se declararon exequibles todos los cargos imputados a los artículos contentivos al RAIS por considerar que vulneraban los principios de solidaridad y equidad principalmente, con relación al RPMPD, no se acoge la postura del despacho al determinar que se está ocasionando menoscabos al mínimo vital y a la dignidad humana por parte de los fondos privados por las prestaciones reconocidas o que se encuentren en construcción.

Informa la Corte en cuanto a la dualidad y coexistencia jurídica de ambos regímenes, así:

“Al efecto, se establecieron dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El primero, es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas [6], independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumpla con los requisitos legales. El segundo, está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de las garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad [7].

(...)

Los dos regímenes que conforman el sistema general de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad presentan cada uno rasgos sobresalientes especiales que permiten Página | 4 diferenciarlos entre sí, entre otros los relativos a las edades de jubilación, en el número de semanas de cotización exigidas para acceder a la pensión mínima y en los factores que determinan el monto de la pensión, y que fueron ya clara y ampliamente definidos por la Corte Constitucional.”

Es clara la corte al considerar que independiente del monto de las cotizaciones que cada afiliado a lo largo de vida laboral haya cotizado al sistema, corre por su cuenta las prerrogativas del régimen pensional escogido de forma voluntaria, quedando ya probado en el proceso con el interrogatorio de parte rendido, que existe ausencia de vicios del consentimiento, y se toma como confesión lo manifestado por el

demandante, cuando informa que le fueron explicados situaciones del sistema que elegía, pero se debe hacer salvedad, que era imposible para los fondos privados por intermedio de un asesor hace 20 años o más informarle a un afiliado como iba a ser su pensión a portas del cumplimiento de requisitos, ya que como lo ha inferido la corte, esto va ligado a la fuerza laboral que se reflejará posteriormente en las cotizaciones al sistema, procurando por pensiones altas o bajas, independiente del régimen que se escoja.

Se itera entonces que la aplicación del artículo 272 de la Ley 100 de 1993 como se ha desarrollado por el despacho, no se compadece con la realidad, toda vez que se declara la ineficacia del traslado, siguiendo un fin económico en cuanto al monto de las mesadas pensionales que pudo haber recibido el afiliado en un régimen o el otro, y se enuncia de nuevo a la corte en la sentencia ya citada donde manifestó lo siguiente:

“Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión.

Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.”

Aparte de lo anterior, la Corte anotó que no puede existir trato discriminatorio al consagrarse la dualidad de regímenes pensionales pues es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro, siendo de vital relevancia para Página | 5 este tipo de procesos, en el entendido de manifestar que pertenecer al RAIS es una decisión equivocada para los intereses de los afiliados, y ese no debe ser el mensaje:



“No puede hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro; no se impone en consecuencia, un solo régimen.”

Así las cosas, se le solicita al HTSM en sala laboral que revoque la decisión en lo que ha sido desfavorable para la entidad, y confirme en lo favorable (COSTAS PROCESALES), atendiendo que la escogencia de régimen por parte del afiliado obedeció a una decisión libre y voluntaria, amparada y cobijada por la ley, y ratificada mediante jurisprudencia probable, en cuanto a la escogencia libre de cada uno de los afiliados a un régimen pensional determinado, atendiendo esto, que cada una de estas personas estará ligada a las prerrogativas, beneficios y consecuencias que su decisión le puedan acarrear en el futuro, pero no trasladando cargas probatorias a los fondos privados y siguiendo un fin netamente económico, ya que quedo probado que en la cuenta de ahorro individual del afiliado, la misma fue manejada con diligencia y rindió rendimientos financieros más altos que lo ahorrado en la propia cuenta, por lo tanto, no se puede hablar de un menoscabo de la dignidad humana o el mínimo vital del afiliado, cuando su cuenta es el reflejo de su esfuerzo.

De manera, que no puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad en el caso de las normas acusadas pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.

Por otro lado, en el caso hipotético que se reconozca la ineficacia el traslado, se debe ordenar al fondo privado, devolver toda la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos financieros de esta, además de las cuotas y gastos de administración con los seguros previsionales, por ser accesorios a la CAI, y deben correr la suerte de lo principal, siendo esto una posición avalada por la CSJ con la Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL49642018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las

características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.”

Por lo ya expuesto, se solicita al despacho revocar la decisión de primera instancia en su integridad, y entrar a absolver a la entidad de todas las pretensiones invocadas en su contra, y que las costas corran a cargo de la parte demandante, en Página | 6 el caso hipotético que considere confirmar la decisión, solicito se ordene al fondo que sin dilaciones reintegre a la entidad toda la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos financieros, además de las cuotas y gastos de administración, y seguros previsiones, atendiendo esto a la figura de la ineficacia del traslado que se suscita, debiendo volver todo al estado inicial, y a NO condena en costas en esta instancia, atendiendo a la posición coadyuvante que tiene la entidad en este tipo de procesos.”

#### **4. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER.**

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la consulta de la sentencia de primera instancia, en favor de COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en los Art. 14 de la Ley 1149 de 2007, por haberle resultado adversa, sin ser apelada, se pasa a resolver, previas las siguientes,

#### **5. CONSIDERACIONES:**

Para resolver la consulta en favor de COLPENSIONES, es necesario manifestar, primeramente, que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de educación y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

Es así como, en el presente asunto, está probado, que la accionante estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, como se acredita con el reporte de semanas cotizadas de folios 26 y 149 a 150 del

plenario, posteriormente se vincula a PROTECCIÓN S.A., el día 06 de agosto de 1997, conforme se anota en el formulario de afiliación a dicha AFP de folios 7 y 115.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1997 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de que dependería su monto.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 2:25 del disco compacto que milita a folio 159 y que contiene el audio de la audiencia de trámite y juzgamiento, no se advierte que haya confesado que la AFP PROTECCIÓN S.A. le haya brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, y si bien señala que se le explicaron algunos aspectos del régimen, esta información no es suficiente para considerar que la demandante fue suficientemente informada al momento del traslado, pues hay otros aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son la explicación clara de las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, la distribución de los aportes en el RAIS, la forma de redención del bono pensional, las diferentes modalidades pensionales entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado.

Es importante precisar que, aunque se probó que a la demandante en el año 2013 se le brindó una reasesoría y que decidió aplazar la decisión y finalmente permanecer en el RAIS (fls. 122 a 124), ha de señalarse que la jurisprudencia de la SCL de la H. CSJ, sobre este punto ha sostenido que la reasesoría posterior al momento del traslado no tiene la virtud de convalidar el acto de traslado que fue ineficaz desde un principio, máxime cuando en el documento de la reasesoría se señala la inconveniencia de la

afiliada de permanecer en el RAIS por obtener para esa fecha una mesada pensional superior en el RPM, pero las proyecciones no dejan ver que el Fondo la asesoró respecto de las implicaciones de permanecer en este régimen, explicándole las variables o factores que podían modificar el contenido de esas proyecciones, sin que el buen consejo que debía cumplir la administradora con base en la jurisprudencia antes citada, se limitara a la entrega de esas simulaciones, sino a que la afiliada tomara una decisión informada en el fondo que más le convenía a futuro según sus condiciones particulares, lo que comportaba incluso desmotivarla a permanecer en el RAIS.

Adicional a ello, al derecho social no son aplicables estrictamente las figuras del derecho privado, como la ratificación prevista en los artículos 1752 y siguientes del Código Civil, pues debe tenerse en cuenta que en asuntos como este en los que esta juego un derecho fundamental como lo es el de la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de vejez, entendido como derecho irrenunciable, no puede validarse en un acto que la desmejora, situación por la que ni siquiera el fenómeno de la prescripción surte efectos, (Ver al respecto sentencia SL-13430 del 14 de septiembre de 2016).

Conforme lo explicado en precedencia, concluye la Sala que la AFP demandada, no le brindó o por lo menos no probó en este proceso siendo su carga, haberle brindado a la actora la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sobre todo se repite en un punto determinante, referido a **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué factores dependería su monto**, lo que conlleva a que se deba confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la SCL de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora, referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES por parte de PROTECCIÓN S.A., encuentra la Sala que la orden impartida por el *a quo*, de

trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora incluidos los rendimientos debe confirmarse, no obstante, debe adicionarse la sentencia en el sentido de señalar que también deben ser devueltas a COLPENSIONES las sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración, pues dicha devolución de dineros debe incluir no solo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de afiliado al momento de dar cumplimiento a la sentencia con sus intereses, sino también la totalidad de los aportes pensionales que hubiere recibido la AFP a la que estuvo afiliada, incluidos los porcentajes destinado a cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora, es decir, el 100% de la cotización, con sus rendimientos y sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación, es decir ningún efecto jurídico puede derivarse de este y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, pues como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En esos términos al haberse declarado la ineficacia de la afiliación, deberán devolverse la totalidad de los dineros aportados, pues estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho indicados en precedencia, la sentencia consultada será CONFIRMADA y ADICIONADA en los términos anteriormente expuestos.

Sin costas en esta instancia, por haberse conocido el proceso en consulta de la sentencia de primera instancia en favor de COLPENSIONES.

## 6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 25 de junio de 2019 proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **HILDA PATRICIA DE LA ESPERANZA PALACIO PALACIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., ADICIONÁNDOLA** en el sentido de indicar que la devolución a **COLPENSIONES**, incluye el importe del porcentaje que como cuota de administración y sumas adicionales de la aseguradora que hayan descontado de la cotización de la demandante, es decir el porcentaje del 100% de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

**FRANCISCO ARANGO TORRES**

**JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**

**JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ**

PROCESO ORDINARIO LABORAL  
HILDA PATRICIA DE LA ESPERANZA PALACIO PALACIO Vs. COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
RADICADO: 05001-31-05-021-2017-00531-01

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL  
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -  
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados  
N ° **114** del **01 DE JULIO DE 2021**.

**consultable aquí:**

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

**Firmado Por:**

**FRANCISCO ARANGO TORRES**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley  
527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cacca233340c2c7625458772f4fad15b3470d86a237247ea07e64f428d27af1d**

Documento generado en 30/06/2021 10:34:33 AM